LOS PRINCIPIOS DELIMITADORES DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA EN LA LEY PERUANA[1]

Por: Juan Carlos Morón Urbina[2]

SUMILLA: 1. La necesidad de regular el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el Perú.- 2. La peculiaridad de los principios aplicables a la potestad sancionadora.- 3.- El principio de legalidad para atribuir competencia sancionadora y habilitar las sanciones aplicables.- 4.- El principio de tipicidad exhaustiva de las conductas sancionables administrativamente.- 5.- El principio del debido procedimiento.- 6. El principio de razonabilidad y el exceso de punición.- 7.- El principio de la norma sancionadora previa y el juicio de favorabilidad de la norma posterior.- 8.- El principio de las infracciones continuadas.- 9.- El principio de causalidad de la responsabilidad.- 10. El principio de presunción de licitud, inocencia o corrección.- 11.- El principio de non bis in ídem.-

1. La necesidad de regular el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en el Perú.-

Cuando fue elaborado el anteproyecto de la Ley No. 27444, del Procedimiento Administrativo General, existía conciencia cierta de la necesidad de dotar de un régimen legal especifico que tornara predecible al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las entidades publicas. Si de ordinario nos encontramos frente a la potestad más aflictiva con que cuenta la administración para legítimamente gravar patrimonios, limitar o cancelar derechos o imponer restricciones a las facultades ciudadanas, el contexto del fin de la década de los noventa hacía indispensable acometer esta tarea. No en vano, estábamos frente a dos fenómenos convergentes que potenciaron dicha potestad administrativa. De un lado, la consolidación de los roles normativos, inspectivos y ordenadores de la administración, antes que como prestador de servicios y de bienes públicos. Por el otro, la sostenida tendencia a la despenalización de ilícitos penales, condujo al proporcional incremento de

---

[1] Artículo publicado en *Advocatus* N° 13, 2005, pp. 237-238 y tambien en *Derecho administrativo iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*,Coord. Victor Hernandez Mendible Vol. 3, Caracas, 2007.

[2] Catedrático en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo e integrante de las Comisiones Redactoras de los proyectos de leyes: Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley No. 27444) y Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

los supuestos de ilícitos administrativos, y a contar con organismos con competencia sancionadora.

En este sentido, fuimos concientes que la potestad sancionada constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés publico. Pero a su vez, quienes conformamos la comisión elaboradora del anteproyecto adoptamos concientemente la decisión de diseñar las pautas mínimas comunes para que todas las entidades administrativas con aptitud para aplicación sanciones sobre los administrados, la ejerzan de manera democrática, previsible y no arbitraria. No consideramos que el control judicial posterior fuera eficiente para disciplinarla, sino que, por el contrario, seria más conveniente dotarle de un régimen positivo claro que permita su control preventivo y concurrente, por las autoridades superiores y la recurrencia publica. En este sentido, seguimos la tendencia inaugurada en el derecho comparado, de manera decidida, por la legislación española y seguida en nuestro continente, por México, Venezuela y Brasil.

2.- La peculiaridad de los principios aplicables a la potestad sancionadora.-

Con el objeto de identificar cuales eran los valores fundamentales que, a titulo de principios, debían ser comúnmente respetados por el legislador al normar la potestad sancionada y por las entidades administrativas al momento de aplicarla concretamente sobre los administrados, fueron aislados aquellos que consideramos estrictamente indispensables para racionalizar su ejercicio, pero sin imposibilitar su emprendimiento, en resguardo del interés público que titulariza la administración. Nótese que en primer lugar, estos principios –por su basamento constitucional, son exigibles a la función legislativa del Estado cuando configura las conductas sancionables, las sanciones a aplicar o la estructura formal del procedimiento sancionador. Sólo a partir de ahí, serán exigibles a la administración para ejercitar la voluntad sancionadora a los casos concretos.

En este sentido, fueron identificados como principios esenciales el de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad de la norma y retroactividad benigna, concurso de infracciones, causalidad, presunción de licitud, y non bis in ídem. Todos ellos cumplen con respecto a la potestad sancionadora una triple función: la fundante (preceder a la existencia de las reglas mismas de la potestad sancionadora), la interpretativa (servir de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora), y la integradora (servir de fuente

de integración para las lagunas jurídicas que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras).

Para esta labor de identificación no se partió –como se suele creer- de la traslación al ordenamiento administrativo de algunos principios del derecho penal. Si bien la mayoría mantienen denominaciones análogas a otros consagrados en el derecho penal, su inclusión no constituyó una mera transposición de reglas e instituciones, sino mas bien un esfuerzo de racionalización a partir de una base común: la seguridad jurídica y los derechos fundamentales constitucionales de los administrados, reconocidos en tratados internacionales vigentes en el país y con desarrollo en la fuente constitucional. En este sentido, como bien estableció el Tribunal Constitucional español sobre esta materia: *"Se trata, en suma, de la aplicación de los principios constitucionales inspiradores de las leyes procesales penales, pero no de las normas de estas. No poseen la misma estructura, ni se halla configurado del mismo modo, el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador. Los principios del primero han de proyectarse de manera adecuada sobre el segundo. Es una traslación con matices*".([3])

Ahora bien una vez identificados estos valores, quedó por articularlos de un lado, con los principios aplicables al procedimiento administrativo en general, y del otro, con aquellos principios que pudieran ser necesarios incluir, cuando se trata de ejercer la potestad sancionadora en alguna actividad especial. Respecto a la primera relación, se optó por la decisión de dar un carácter complementario, por su especialidad, a los principios específicamente estipulados para la actividad sancionadora, de tal suerte, que ésta queda regulada por los principios generales de todo procedimiento administrativo (celeridad, conducta procedimental, eficacia, verdad material, etc.) y por los principios sancionadores ya mencionados. En cuanto a la segunda relación, la opción no ha sido impedir la adición de nuevos principios en función de la especialidad de los temas a sancionar por la administración, sino también habilitar al legislador a incluir otros principios, incluso adecuando aquellos creados en manera general por este capitulo.

Por ello, el artículo 229.2 de la Ley No 27444, declara que estos principios rigen con carácter supletorio en aquellas áreas que cuenten con leyes especiales de regulación. Lo que si debe advertirse que esta supletoriedad no habilitara al legislador a desnaturalizar o negar los principios ya declarados, en la medida que se tratan de la aplicación concreta de derechos y principios superiores que poseen base constitucional. De suyo, la Administración estaría vinculada a ellos, aun si la Ley hubiese silenciado esta materia. Como nuestro

[3] STC 45/1997.

propio Tribunal Constitucional ha establecido: “La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3. º, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (Vg. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman”. [4]

3.- El principio de legalidad para atribuir competencia sancionadora y habilitar las sanciones aplicables.-

El principio de legalidad ha sido incorporado por el legislador, al establecer que “*sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad*” (Art. 230.1)

Como se puede apreciar nos encontramos frente a una regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora solo pueden ser abordados mediante “normas con rango de ley”, como pueden serlo, una ley formal, una ley orgánica, un decreto legislativo, o un decreto ley. Queda absolutamente vedado que una norma sublegal, de tipo reglamentaria, pretenda, a titulo de atribución directa, de interpretación de una norma legal o de complemento indispensable, asignar a una persona jurídica de derecho público la competencia sancionadora o señalar qué sanciones pueda aplicar sobre los administrados en sede administrativa.

Por la primera reserva legal mencionada, ninguna autoridad -por importante que la considerare para el cumplimiento de sus funciones de inspección, regulación o de policía administrativa-, podrá autoatribuirse competencia sancionadora sobre los administrados, si no que debe obtener una norma expresa con rango de ley que así se lo habilite. Como se pueden apreciar, la aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora, en este

[4] Exp. 1003-1998-AA/TC.

extremo, no resulta sino la ratificación del principio de competencia legal que la misma ley prevé en su articulo 61 de la Ley No. 27444 estableciendo como regla uniforme que la fuente de la competencia administrativa, son sólo la Constitución y la ley.

Por la segunda reserva legal que este principio implica, tenemos que queda reservada sólo a normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos. De este modo, sólo una norma con rango de ley, podrá habilitar a la Administración la aplicación de una o mas medidas de gravamen a titulo de sanción personal o patrimoniales, tales como multas, decomisos, cancelación de derechos, inhabilitaciones, pues, cada de una de estos actos persiguen un efecto puramente reaccional y aflictivo en los derechos subjetivos de los administrados.

En este mismo sentido, ninguna autoridad administrativa podrá crear, por vía reglamentaria ni menos aun, a titulo de acto administrativo singular, un tipo de sanción, quedando limitada su actuación al rol natural de ser aplicador de las modalidades de sanción sobre derechos ciudadanos autorizadas previamente por normas con rango de ley. En este sentido, la norma confirma que la indicación de las penas con que se intenta disuadir a las personas físicas y jurídicas a no cometer infracciones corresponde a las normas con rango de ley y no a la normativa infralegal.[5]

Es conveniente establecer que esta reserva no solo implica que una norma con rango de ley cumpla con enunciar qué pena será aplicable (por Ej., multa, suspensión o inhabilitación de derechos), sino que debe fijar con la mayor precisión posible sus márgenes de aplicación, su cantidad, duración, etc., en particular, el extremo máximo de agravio posible a los derechos ciudadanos. En este sentido, un completo cumplimiento a este principio conllevará, cuando menos, al establecimiento, por ejemplo, del límite máximo de la multa económica o del tiempo de la inhabilitación o suspensión del administrado. Se comprende que si este extremo no fuera cumplido por la norma con rango de ley, la garantía jurídica del administrado quedaría vaciada de contenido, pues la administración habría adquirido la posibilidad de aplicar una multa de ilimitado contenido económico o de crear una inhabilitación permanente, con la consiguiente arbitrariedad de la medida. En el mismo nivel reprochable se encuentran los casos en los que la norma señala la sanción de multa, pero prevé márgenes extremos para su aplicación, desde el monto ínfimo hasta otro extremadamente alto, dejando en la discrecionalidad de la administración ponderar su graduación. Aquí, el rango extremadamente abierto entre el mínimo y el máximo no tiene sustancial diferencia con la ausencia de

---

[5] La vía reglamentaria sólo puede emplearse para especificar o graduar sanciones, pero no para crearlas. (Previsión incluida en el inciso cuarto de este artículo, en el principio de tipicidad).

especificación de la sanción, ya que virtualmente se estaría delegando a la administración determinar su contenido gravoso para los administrados.

Finalmente, la norma establece la prohibición explícita para que la Administración pueda aplicar sanciones que impliquen privación de libertad. Ello, atendiendo a que la disponibilidad de la libertad humana –como supremo valor subjetivo en la modernidad- sólo ha sido autorizada las autoridades judiciales y no a las autoridades administrativas.

La Administración sólo tiene un rol de ejecutivo de los mandatos judiciales que afecten la libertad individual, pero nunca la posibilidad de determinarla y sancionarla por sí y ante sí. Se acude al máximo nivel de separación de funciones: el Congreso de la República que autorice a afectar mediante la norma jurídico penal, el Poder Judicial que la concreta en las situaciones subjetivas específicas y la autoridad administrativa que la ejecuta en virtud del cumplimiento de los mandatos judiciales.

4. El principio de tipicidad exhaustiva de las conductas sancionables administrativamente.-

El principio de tipicidad exhaustiva de las conductas sancionables ha sido recibido en la Ley No. 27444, cuando expresa que "*Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria*".

Un análisis de los alcances de este principio nos conducirá a identificar los siguientes aspectos: i) Contenido del principio de tipicidad exhaustiva; ii) Las particularidades de la tipicidad exhaustiva en materia administrativa; iii) La colaboración reglamentaria en materia de tipificación.

4.1. El contenido del principio.-

Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración; ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva

en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (Desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta)

Por el primer elemento, la norma establece que, al igual que en los casos de la sanción y la atribución de la competencia sancionadora, ya analizados, una reserva en favor de las normas con rango de ley para que sean las únicas que puedan calificar las conductas como sancionables administrativamente. La única excepción, históricamente admitida, es la tipificación en materia sancionadora municipal que se regula por ordenanzas, según lo reconoce el artículo 46 de la Ley No. 27972, Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, la ultima frase del inciso ("*salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria")*, debilita la formula del principio, al admitir que la ley pueda habilitar la tipificación por vía reglamentaria. En este sentido, tenemos como principio a la reserva de ley, y como excepción, que la propia ley pueda –por consideraciones de conveniencia administrativa o Tecnica jurídica- autorizar a la propia administración para que por vía reglamento ejecutivo pueda realizar la tipificación de los ilícitos respectivos. Como se puede advertir en este segundo supuesto no cabe hablar de una reserva de ley, sino solo una simple cobertura legal previa para que el reglamento tipifique. Lo importante es que en ambos casos, la fijación de los hechos ilícitos corresponde al legislador y no a la autoridad administrativa autónomamente. De este modo, la administración permanece en su rol concreto de actividad inspectora y sancionadora, mas no creadora de aquello que es ilícito para el interés publico.

No obstante apreciamos que el segundo aspecto contenido en el principio, esto es, la exigencia de exhaustividad en la formula de tipificación, sí resultará aplicable a todas las posibilidades de tipificación de ilícitos administrativos. Conforme a este aspecto, las conductas sancionables administrativamente únicamente pueden ser las infracciones previstas expresamente mediante la identificación cierta de aquello que se considera ilícito para los fines públicos de cada sector estatal. En este sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la administración prevean con suficiente grado de certeza (lex certa) lo que constituye el ilícito sancionable.

Más aun, la medida de esta suficiencia no estará en el criterio del legislador, sino en la suficiencia que pueda tener el enunciado para un ciudadano con formación básica, como ha sido esclarecido por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, este Tribunal ha considerado que: "*El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas*

con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal". [6]

Dicha exigencia se sustenta en la necesidad de preservar la autonomía de los administrados, representada por la capacidad de elegir y ejecutar libremente sus actividades sociales y económicas con la garantía y seguridad de ser licitas, y no ser pasibles de sanciones inadvertidas previamente. Con una tipificación exhaustiva no solo los administrados tienen mejor posibilidad de decidir suficientemente informados sobre la regularidad de su actuación, sino que también estarán menos expuestos a autoridades administrativas con amplia discrecionalidad para determinar aquello que es lícito o típico. Por el contrario, la ausencia de tipificación o una tipificación no exhaustiva, conlleva inseguridad jurídica para el ciudadano y mayor exposición a arbitrariedades administrativas.

Lamentablemente, la determinación de si una norma sancionadora describe con suficiente grado de certeza la conducta sancionable, es un asunto que debe ser resuelto de manera casuística, pero es importante tener en cuenta que la tipificación es suficiente "cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra"([7]). Por eso es necesario recordar que el mandato de tipificación, que este principio conlleva, no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino a la autoridad cuando realiza la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes. De este modo, resultara inválida una sanción apoyada en estos ilícitos en blanco.

Por lo tanto, se consideran contrarias al principio de legalidad de las infracciones todas las normas administrativas que pretendan calificar conductas sancionables, sin proporcionar información suficiente en torno al comportamiento infractor; al igual que las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con formulas abiertas, en tanto su utilización lleva de suyo, la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de apreciar la existencia de conductas ilícitas ([8]). Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha descalificado por inconstitucional, una sanción administrativo-disciplinaria impuesta sobre la base del tipo legal contenido en el artículo 28º, incisos a) y d) del Decreto Legislativo N.° 276, que establece que: "(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) La negligencia en el desempeño de las funciones", En este caso el

[6] EXP. N.° 2192-2004-AA /TC
[7] Nieto, Alejandro; "Derecho Administrativo Sancionador", segunda edición ampliada, Editorial Tecnos, 1994, pág. 293.
[8] Garberí Llobregat, José. *El procedimiento administrativo sancionador*. Tirant Le Branch, Quinta Edición ampliada, 1998, pág. 114.

Tribunal correctamente ha identificado que "(..) las dos disposiciones invocadas en la resolución que establece la destitución de sus puestos de trabajo de los recurrentes, son cláusulas de remisión que requieren, (...) el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación e imprecisión de las mismas; consecuentemente, la sanción impuesta sustentada en estas disposiciones genéricas es inconstitucional, por vulnerar el principio consagrado en el artículo 2,º inciso 24, literal d), de la Constitución, (...)[9] (

Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio, lo constituye el artículo 65 de la Ley Nº 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que pretende fijar las responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente:

"El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Publico, así como las Directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar".

Aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco, que no obstante su título, carecen de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una Ley o un Reglamento, son contrarias al principio de tipicidad, pues, la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o reglamentaria, presente o futura), será en verdad la autoridad administrativa a cargo de la aplicación de la sanción quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable.

Por el contrario, no sería contrario al principio, por si misma la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de la conducta sancionable, siempre y cuando la concreción de tales conceptos sea razonablemente factible en virtud de estar referidos a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. ([10]) La unidad de solución que subyace en el concepto

[9] STC N.° 2192-2004-AA/TC y STC. N.º 3256-2004-AA/TC
[10] Sentencia del Tribunal Constitucional Español 151/1997, del 29 de septiembre 1997.

jurídico indeterminado, hace que su utilización en las normas sancionadoras sea, en principio, admisible, pues al existir una sola solución, la aplicación de la norma no comporta margen de discrecionalidad para el funcionario en la definición de la conducta sancionable. GARCÍA DE ENTERRÍA explica lo anterior en los siguientes términos:

"Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho"([11]).

4.2. Particularidades de la tipificación administrativa.-

En aspectos administrativos, no es aconsejable llevar a extremos el mandato de tipificación, pues estaríamos frente a casuismos inconvenientes. Los riesgos evidentes son dos extremos perniciosos: la sobre inclusión (inclusión dentro de la tipificación supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), pero en el otro extremo, tenemos la infra inclusión (exclusión de supuestos que sí deberían ser sancionables). Ambos riesgos se producen por dos vicios extremos del legislador al tipificar. Cuando acude a formulas demasiado generales, por el recelo a no incluir supuestos reprochables, se propicia la posibilidad de sobre incluir conductas menores o simplemente que no deberían ser sancionables. Por el contrario, cuando se acuden a formulas más especificas y detalladas, se asume el riesgo de reprochar menos supuestos de los debidos, por ser igualmente indebidos. La solución adecuada parece estar en la línea, de lo sintetizado por NIETO, como la necesidad de "*permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que "cree" figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma*" [12]

Para aminorar estos problemas, en la tipificación administrativa se presentan las siguientes particularidades: I) El fenómeno de la admisión de la colaboración reglamentaria en la tipificación, sobre el cual retornaremos mas adelante, ii) El empleo de la tipificación indirecta; y, iii) La tendencia a extender la exigencia de taxatividad a las causales de eximencia de responsabilidad.-

La aplicación de la tipificación indirecta fue advertida ya por NIETO[13] cuando daba cuenta que la tipificación administrativa a diferencia de la penal, se

[11] Ibíd.
[12] NIETO, Alejandro; op. cit., p. 297
[13] NIETO, Alejandro; op. cit., p. 298 y ss.

concreta generalmente a través de tres preceptos: i) Un primer elemento del tipo que establece un mandato o una prohibición determinada para el administrado (la que indica "Queda prohibido X"), ii) Un segundo elemento del tipo que advierte que este incumplimiento constituye una infracción sancionable ("Constituye infracción el incumplimiento de X"); y, finalmente un tercer elemento (la sanción aplicable al caso). Como estos tres elementos por lo general, no se presentan en una misma norma, sino disgregadas en normas distintas, e incluso cuerpos normativos separados, hablamos de la tipificación indirecta del ilícito administrativo, a diferencia del tipo legal penal, que es único.

Pero el camino más novedoso, a través del cual se pretende morigerar los riesgos de una sobre inclusión de ilícitos administrativos, consiste en comprender que la exhaustividad en la descripción de la conducta alcance a los supuestos de eximencia o atenuación de responsabilidades. Con ello, se lograría permitir un balance a la sobreinclusión: el establecimiento cierto también de un umbral mínimo de conductas que si bien se encuentran objetivamente dentro del tipo descrito, contenga algún elemento de conducta o contexto que le hagan no sancionable. Por ello, consideramos que la ley también deberá considerar que el principio de tipicidad también hace exigible a la norma, contemplar supuestos objetivos y ciertos de eximencia de responsabilidad.

4.3. Colaboración reglamentaria en la labor de tipificación.-

La regla de la colaboración reglamentaria en la tipificación, consiste en que las disposiciones de desarrollo (reglamentos ejecutivos) pueden especificar o graduar previsiones legales previas con el fin de mejor identificar las conductas constitutivas del ilícito, pero sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente.

Ahora bien, la propia ley puede convocar la concurrencia o apoyo de la administración para concluir la labor de tipificación, habilitándole a regular sólo lo mínimo indispensable para concretar la tipificación. Los supuestos más comunes son:

- Reglamento desarrolla una tipificación por remisión de la ley. Se trata de una suerte de delegación de tareas que el legislador hace en la Administración por considerar que se abordan aspectos técnicos o muy dinámicos que no justifica mantenerlos dentro de la reserva legal, pero siempre determinando lo esencial de la conducta antijurídica([14]). Consideramos necesario reiterar la necesidad que la remisión de la ley al reglamento deba a su vez, determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco seria admisible por imperfecta, una

[14] Este es el sentido legítimo de la frase "salvo que la ley permita tipificar en vía reglamentaria".

remisión en blanco, al Poder Ejecutivo para determinar aquello que será sancionable y aquello que no lo sea, originariamente por medio de un reglamento. En este sentido, se debe considerar que el legislador para respetar los derechos constitucionales de los administrado, esta atribuido de la facultad para remisiones a normas reglamentarias, pero no para autorizarlas a estas, para crear los tipos ilícitos. [15]

- Reglamento concreta como faltas supuestos que la ley considera en lo esencial pero sin precisión, pero atribuye potestad sancionadora y estipula las sanciones posibles (Ej. conductas prohibidas calificadas como ilícitos administrativos).

- Reglamento organiza los supuestos distribuidos en varias disposiciones para hacer un compendio de faltas administrativas en una misma materia. (Ej. textos únicos ordenados y similares).

- Reglamentaciones autónomas o de entidades constitucionalmente autónomas, incluso del Poder Legislativo, donde su potestad reglamentaria es parte de su garantía institucional

Por el contrario, estará prohibido por el principio de tipicidad que los reglamentos administrativos desarrollen una tipificación no subordinada a

---

[15] Esta posición ha sido consagrada por nuestro Tribunal Constitucional (Exp. 2050-2002-AA/TC) cuando estableció que: "No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".
No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N.° 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Éstas sólo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, cuyo artículo 95° remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83° de la norma en mención.
En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.
En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no sólo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser sólo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.

alguna ley autoritativa, o teniéndola altere su naturaleza, sus limites o adiciones nuevas infracciones o sanciones, o que prevean nuevas infracciones o sanciones diferentes a las que tienen cobertura legal.

Es muy fino el límite entre la colaboración reglamentaria válida y la deslegalización contradictoria con esta Ley, por lo que ha de estarse al análisis casuístico de la normativa en cada caso.

5. El principio del debido procedimiento.-

La formulación del principio del debido proceso en el escenario del procedimiento administrativo –con el nombre de debido procedimiento- ha sido asumida por la Ley No. 27444, indicando que “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho” (numeral 1.2., articulo IV del Titulo Preliminar). Por su parte, en el subcapítulo referido a la potestad sancionadora, el legislador se limito a enfatizar este principio afirmando que “Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso” (Art. 230.2)

Un primer aspecto que actualmente ya no se discute es que el debido proceso no solo tiene alcance jurisdiccional, sino que se proyecta a otros ámbitos del quehacer público, como el administrativo. Nuestro Tribunal Constitucional, apoyado en la jurisprudencia internacional ha establecido que *“(...) no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).*
Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional,
"si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula Garantías Judiciales, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(Párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al

derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].[16]

Superado esta etapa del análisis, la incorporación de debido proceso al procedimiento – en particular en materia sancionadora- conlleva asumir el más amplio sistema de garantías inherentes a la dignidad de las personas, en orden a obtener decisiones justas.

En principio, la incorporación del principio del debido proceso al ámbito sancionador tiene por efecto rechazar la posibilidad que se produzcan sanciones inaudita pars (sanción de plano[17]) sin generarlo a través de un procedimiento previo donde participe el administrado concernido, y, sin que éste, sea el específicamente diseñado para su producción valida, esto es, el procedimiento sancionador. Vale decir tanto las sanciones de plano, como las sanciones producidas al interior de un procedimiento distinto al sancionador (por ejemplo, un procedimiento inspectivo o trilateral) estarán impedidas por este principio. Con ello se reconoce la formalización garantista que este procedimiento otorga concientemente al administrado y se rechaza la tesis por la que la recurrencia al acto de sanción, es el inicio del procedimiento administrativo[18].

Ahora bien, la aplicación del principio no se agota con estos efectos, sino que se proyecta al necesario y escrupuloso cumplimiento de las garantías[19] que al

---

[16] Exp. 2050-2002-AA/TC.

[17] El Tribunal Constitucional así se ha pronunciado al respecto "En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Considera que se afecto el derecho de defensa del recurrente, toda vez que, sin instaurarse un procedimiento administrativo, y sin darle la oportunidad para formular sus descargos, la emplazada expidió el Oficio No. 1872-200 mediante el cual dejo sin efecto su inclusión en el Registro de Hidrocarburos, y con ello se le impidió que pueda adquirir combustibles. En este sentido (...) cuando un acto administrativo ha de afectar un interés o derecho subjetivo, su validez esta condicionada a que se respeten las garantías que comprende el derecho al debido proceso" (STC 1159-2001-AA/TC)

[18] Tesis acogida por el Tribunal Constitucional (STC No. 1206-2003-AA/TC.

[19] Es menester tampoco confundir garantías (en su acepción sustancial o procesal) de cualquier exigencia meramente adjetiva que la normativa pueda prever en el procedimiento, aun en el sancionador. Las garantías, componen el debido procedimiento. Las exigencias o reglas formales, no. Como también lo ha establecido el Tribunal Constitucional, "Uno de los derechos que integran el debido proceso es el derecho al procedimiento predeterminado por la ley. Sin embargo, este no garantiza que cuando una persona sea sometida a un proceso o procedimiento sancionador, todas las reglas procedimentales establecidas en la ley (...) deban inexorablemente ser respetadas, pues de otro modo, inmediata e inexorablemente, se generaría una violación de dicho derecho. Tal forma de comprender el contenido constitucionalmente protegido del derecho terminaría con el absurdo de reconducir todo problema de incumplimiento de la ley adjetiva al ámbito de este derecho fundamental y, por su virtud, al seno de la justicia constitucional.

interior del procedimiento sancionador se han diseñado específicamente para proteger al administrado de cualquier arbitrariedad. En principio, la propia definición señalada alude a que el debido procedimiento comprende a todos los derechos y garantías del procedimiento administrativo, señalando enunciativamente a tres emblemáticos:

- el derecho a exponer sus argumentos (derecho a exponer las razones y defensas del imputado antes de la emisión de las incriminaciones o resoluciones del expediente)

- el derecho a ofrecer y producir prueba (derecho a presentar medios de prueba, a exigir que la administración produzca y actúe los medios ofrecidos, a contradecir las pruebas de cargo, y la de controlar la actuación probatoria que se realice durante la instrucción, y a que se valoren la prueba aportada)

- el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho[20]. (derecho a que las resoluciones del procedimiento sancionador hagan expresa consideración de los argumentos de derecho y de hecho que los motivan, y, en particular, de la graduación de la sanción a aplicarse)

A nuestro entender, también comprende el necesario cumplimiento de las siguientes garantías del procedimiento sancionador propias de su diseño legalmente consagrado:

En la STC 2928-2002-HC/TC se sostuvo que el ámbito protegido por este derecho simplemente garantiza que una persona sometida a un procedimiento [judicial, administrativo o de cualquier otra índole], conforme a determinadas reglas previamente determinadas, no sufra la alteración irrazonablemente de estas, es decir, de las reglas con las cuales aquel se inició.
Por tanto, con independencia de si, en el caso, al sancionarse al recurrente, se contó o no con el dictamen de la Junta Calificadora, establecido en el estatuto de la emplazada, este Tribunal considera que. detrás de tal situación. no hay una materia constitucional que sea de su competencia evaluar.
6. Por lo que se refiere al otro extremo de la alegación de violación del derecho al debido proceso, esta vez porque la remisión de la carta notarial mediante la que se comunica la separación definitiva fue enviada cuatro meses después, este Tribunal tampoco considera que se haya lesionado alguno de los atributos que integran dicho derecho constitucional. Se trata de una simple anomalía que, una vez enmendada, no ha impedido que el recurrente la cuestione o que lo haya dejado en indefensión, como se ha aducido." (Exp. 3312-2004-AA/TC)

[20] Respecto a este componente del debido procedimiento, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido: "(...) el **deber de motivar** las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones". En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes" (Exp. 2192-2004-AA/TC, ratificado en las STC No. 090-2004-A/TC y 4289-2004-AA)

a) **La estabilidad de la competencia.** Por el articulo 231 de la Ley, se ha establecido que "El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto".

Como se puede comprender estamos frente a una variante del derecho que todo ciudadano tiene al "juez natural" que forma parte del derecho a un debido proceso judicial, según el cual el administrado debe ser procesado por la autoridad pública que le corresponde según las reglas fijadas anticipadamente por la Constitución Política y el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el administrado debe saber que la autoridad que lo va a investigar es imparcial y fue nombrado con anterioridad de acuerdo a la ley. Por ello, no resultara constitucionalmente tolerable crear o establecer un procedimiento especial ex post para aplicar la sanción, crear comisiones o instancias ad hoc o intuito personae para apreciar un procedimiento sancionador en particular, se modifique la composición de un colegiado adrede, o cambiar las autoridades que los conforman coincidentemente a la sustanciación de algún caso.

b) Desdoblamiento de órganos de instrucción y de decisión

Una segunda garantía para el administrado consiste en que el procedimiento administrativo sancionador debe contar, con dos etapas, una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado. El conocimiento de ambas etapas del procedimiento debe estar a cargo de órganos distintos, por lo que no puede coincidir la actividad instructora y decisora en manos de un mismo órgano. La segregación o separación de las fases de instrucción y de aplicación de sanción en este procedimiento importa una traslación al ámbito administrativo de la regla procesal penal de la separación entre las autoridades que instruyen la evidencia y quienes aplican la sanción, con lo que se pretende especializar al primero en la indagación e investigación y al segundo en permitir su mayor independencia para ponderar los hechos. La búsqueda de imparcialidad exige que los órganos administrativos decidan los asuntos que se llevan a su conocimiento, sin ningún tipo de consideraciones extrañas al interés general. La imparcialidad y objetividad suponen que el órgano a quien compete decidir un asunto, no tenga una posición preconcebida, que pueda influirlo a decidir en una determinada forma (imparcialidad subjetiva), de manera que no queda satisfecho el referido principio cuando en la fase decisoria interviene, activamente, quien ha adelantado opinión sobre el caso que le corresponde decidir.

c) La sujeción a la determinación judicial de hechos probados.

Esta norma aplica en el tema sancionador la regla de la subordinación de la Administración sancionadora a la jurisdicción, conllevando dos efectos al procedimiento: a) lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica; y, que b) la imposibilidad que la Administración pueda tener un pronunciamiento distinto sobre estos mismo hechos. Ni el principio de verdad material, ni el de la legalidad, autorizan a actuar en sentido contrario a la declaración judicial de certeza o verdad jurídica. Una conducta tipificada como indebida, corroborada por el Poder Judicial acarreara la aplicación de sanción administrativa que corresponda, pudiendo sólo ponderar –bajo criterios administrativos– la magnitud de la sanción a aplicarse. Del mismo modo, cuando una autoridad judicial comprueba la no participación de una persona en un acto indebido o la veracidad de algún hecho probado en su jurisdicción.

d) El efecto suspensivo de los recursos administrativos (Ejecutividad diferida) (Art. 237.2)

La fórmula implica que la interposición de un recurso administrativo paraliza la ejecución de la sanción, hasta que el mismo sea resuelto, para guardar coherencia con la presunción de inocencia. Pero, la sanción recuperará ejecutividad inmediata con la resolución de este recurso, aun cuando presente demanda contenciosa administrativa. En esta última acción como la demanda no produce la suspensión, por lo que deberá pedirse en sede judicial una medida cautelar.

e) El acto formal de iniciación. (Art. 235.1)

La iniciación del procedimiento se conforma en un acto administrativo bajo forma de resolución que sirve de la delimitación de la potestad sancionadora que se activa. Cualquier ampliación posterior, de administrados, de hechos o de calificación jurídica, debe ser materia de un nuevo procesamiento.

Por lo general este acto debe contener la identificación de los antecedentes que motivan la apertura (denuncia, orden superior, cumplimiento de un deber legal, etc.), de los administrados objeto de la posible sanción administrativa, la exposición breve de los hechos que puedan corresponder, la norma legal que ampara el inicio del procedimiento, la adopción de las medidas provisionales que fueran del caso apreciar. Adicionalmente deben tenerse en cuenta el cumplimiento de la entrega de la información a que alude el artículo 55.5, por el cual debe informarse en la notificación además, el plazo estimado de duración, derechos y obligaciones en el procedimiento, etc.

f) La notificación preventiva útil de los cargos (Art. 234.3 y 235.3).-

El trámite de formulación de cargos es esencialísimo en el procedimiento sancionador, por cuanto es este acto procedimental que permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados calificados como ilícitos y de una serie de información indispensable (calificación de los

hechos, posibles sanciones, autoridad competente, etc.) a efecto de poder articular todas las garantías que su derecho al debido procedimiento le facultan.

De alguna manera se puede decir que la estructura de defensa de los administrados reposa en la confianza en la notificación preventiva de los cargos, que a estos efectos deben reunir los requisitos de: a) Precisión (contener todos los elementos suficientes como para actuar contra ellos), b) Claridad (posibilidad real de entender los hechos y la calificación que ameritan sea susceptible de conllevar la calificación de ilícitos por la administración); c) Inmutabilidad (no puede ser variado por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios inmersa en el Principio de conducta procedimental); y, d) Suficiencia (debe contener toda la información necesaria para que el administrado la pueda contestar, tales como los informes o documentación que sirven se sustento al cargo)[21]

Se infringe, por tanto, esta regla en cualquiera de los siguientes casos:

---

[21] El Tribunal Constitucional ha establecido la necesidad de la plenitud del cargo en los términos siguientes:
"El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.
En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa en la medida en que la omisión de proveer el informe de la comisión que sustentaba la sanción propuesta no permitió que el demandante conociera los exactos términos de la forma en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Sólo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz. *Idónea* en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra a través de la cual podía ilustrar al órgano que debía imponer la sanción y, así, controvertir o contradecir ante aquél –en cuanto órgano decisorio– los cargos efectuados por el órgano que se hizo del procedimiento de investigación. Y, *eficaz,* por cuanto el propósito de impedir indefensión frente al criterio asumido por el órgano investigador (Comisión y Jefe de la Oficina General de Control Interno del Poder Judicial) se alcanzaba sólo conociendo la conclusión final que aquél asumía en el citado informe.
Debe destacarse singularmente este extremo, dado que no es lo mismo que el procesado controvierta y ejerza su derecho de defensa ante el órgano investigador, como efectivamente ocurrió en este caso, que si efectúa el descargo respecto a la acusación no ante el referido órgano, sino ante el órgano que ha de aplicar o resolver la sanción. Esto crearía, además una situación de desigualdad de fondo incompatible con el debido proceso, porque el procesado está en desventaja respecto a la Administración, puesto que no puede ilustrar o controvertir, directamente, frente al órgano sancionador los cargos del informe. El órgano resolutor sólo conoce la apreciación de los hechos por parte del órgano investigador, sin que, respecto a ello, el procesado haya podido ejercer su derecho de defensa." (Exp.1003-1998-AA/TC, confirmada luego en la STC 649-2002-AA).
"El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso, y se proyecta como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés.
5. En el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que se ha lesionado el derecho de defensa del recurrente en la medida en que la omisión de proveer la información que sustentaba los hallazgos que se le imputan no le permitió conocer los términos en que el órgano investigador había analizado los cargos atribuidos y su responsabilidad en las infracciones imputadas. Sólo conociendo estos aspectos, el demandante podía ejercer su derecho de defensa de manera idónea y eficaz". (Exp.1199-2003-AA)

(i) cuando la Administración omite totalmente la previa formulación de los cargos (bien de los hechos o de su respectiva calificación legal),

(ii) Cuando la administración formula cargos pero con información incompleta, imprecisa o poco clara.

(iii) Cuando la administración formula cargos, pero otorga un plazo reducido para poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa. En este sentido, la garantía preventiva del cargo se justifica en el respecto al derecho de defensa del administrado concernido, dado que este derecho "(...)consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra"[22]

(iv) Cuando la Administración formula cargos por unas razones y luego basa su decisión definitiva en hechos distintos o en una nueva calificación legal de los hechos a los que sirvieron de base a la formulación previa de los cargos. No es legítimo que la administración pueda producto de la instrucción sancionar al administrado respecto de hechos que no se ha defendido, ni por cargos que no han sido los advertidos con anterioridad. [23]

g) La prohibición a la reforma peyorativa. (Art. 237.3)

Como se sabe, la prohibición de la *reformatio in peius* en el ámbito administrativo significa la limitación a que una condición o el *status* jurídico del recurrente resulte desmejorado o empeorado a consecuencia exclusivamente de la revisión producida por una impugnación del administrado.

En síntesis, es la reforma del acto administrativo en perjuicio del recurrente, quien ve agravada su situación o *status* obtenida por la primera resolución, que ha sido objeto de su propio recurso. La mencionada regla se fundamenta

---

[22] Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en sus STC No. 1003-98-AA/TC, Nº 0649-2002-AA/TC y 2659-2004-AA.

[23] Tesis del Tribunal Constitucional sustentada en su STC **N.° 618-2000-AA/TC. Hay estableció: :** "(...) Que, en el caso de autos, conforme se ha dejado anotado en el fundamento jurídico tercero, si bien la demandante fue sometida a un proceso disciplinario, donde se le procesó por "irregularidad en el ejercicio de sus funciones"; sin embargo, no sucedió lo mismo con la otra falta que también se ha considerado como relevante al momento de sancionársele; privándose de este modo, y en lo que a este aspecto concreto se refiere, de su legítimo derecho de poder formular los descargos y ofrecer las pruebas pertinentes destinadas a desvirtuarlas. Que, en consecuencia, y según es una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional en diversos precedentes, cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la Ley para ejercer potestades sancionatorias, es absolutamente imprescindible que en tal ejercicio de la atribución conferida se tenga que respetar inexorablemente los derechos fundamentales de los individuos, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello en sí mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad y, por tanto, susceptibles de ser reparadas a través del proceso constitucional del amparo".

en el necesario contradictorio que debe respetarse en todo procedimiento recursal, de tal modo que de no haber este limite, el recurrente no tendría oportunidad de aducir argumentos para impedir la imposición de una sanción mas grave a la recurrida.

Como se puede apreciar, para su configuración resulta necesario de un lado, de una sanción administrativa recurrida ante la misma autoridad (reconsideración) o superior jerárquico (apelación), quien va a revisar el objeto y alcances de dicho acto de gravamen, y del otro, que el efecto de la decisión revisora perjudique al recurrente en relación con el contenido de la resolución impugnada (Ej. agravando el quantum de la sanción, modificándola por una mas grave, agregándole una sanción accesoria, etc.). Ahora bien, un supuesto particular es la denominada reforma peyorativa indirecta, que prohíbe a la autoridad instructora agravar la situación del administrado cuando su primera decisión ha sido anulada por razones estrictamente formales o procedimentales (Ej. vicios en el procedimiento) y no por exceso de defecto de ponderación de los hechos o ínfima sanción.

Nótese que esta garantía estructural del procedimiento sancionador tiene como presupuesto un procedimiento lineal, donde concurre la administración y el administrado, siendo este quien únicamente ha recurrido la sanción (regla del recurrente único). En este sentido, no operará la restricción, si se trata de un procedimiento trilateral o recursal provocado por varios recursos con pretensiones diversas entre sí, dado que la controversia entre éstas, sí permitirá a la administración agravar la situación del sancionado, si así correspondiere legalmente.

Si bien la *non reformatio in peius tiene su origen en el d*erecho procesal ha sido constitucionalizada por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, este Tribunal ha establecido que “La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.
En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación”.[24]

[24] Exp. 1803-2004-AA.

h) El derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas.-

Como el solo mantenimiento del procedimiento sancionador sin resolver es una fuente de perjuicio para el administrado, es lógico admitir que el mismo sea protegido por un derecho reaccional a que el procedimiento sancionador no tenga dilaciones indebidas, o lo que es lo mismo, sea resuelto con celeridad, tan pronto como cuente con la información necesaria para acreditar los hechos y el derecho aplicable al expediente. Con ello se busca enfrentar la práctica de la administración de preferir prologar o no resolver los expedientes sancionadores, antes que procederá la absolución. Si bien este derecho aparece dificultado por la ausencia de plazo específico de duración para el procedimiento sancionador, y la inadecuación de la técnica del silencio, este derecho sustenta la regla contenida en el artículo 233.2 de la Ley para la continuidad del cómputo del plazo de prescripción, y en otros ordenamientos extranjeros la caducidad del procedimiento abierto.

i) Procedimiento no gravable.- (Art. 44.3)

El procedimiento sancionador, como procedimiento de oficio emblemático, no puede trasladar al administrado su costo de instrucción mediante derechos de tramitación (tasas). Por el contrario, tratándose del interés estatal en la detección y sanción de los ilícitos al ordenamiento administrativo –aun cuando provenga de denuncias de ciudadanos- no puede gravarse. Por ello, resultara ilegal que la administración cree tasas por presentación de denuncias para abrir sancionadores, descargos, o por interposición de recursos contra la sanción administrativa[25]

6.- El principio de razonabilidad y el exceso de punición.-

Nuestro Tribunal Constitucional tiene establecido que “El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia

[25] El TC se ha manifestado del modo siguiente sobre la imposibilidad de gravar con tasas la interposición de recursos contra sanciones administrativas “Este colegiado considera que en vista de que una imposición de multa es un acto por el que no se puede cobrar tasa alguna –por derivar de un acto de control ordinario-, con mayor razón no se puede pretender cobrar una tasa por el procedimiento de reclamación iniciado por la parte demandante en sede administrativa, por cuanto ello no solo se convertiría en una limitación innecesaria para el acceso a los recursos en tal sede, sino además, importaría una limitación a los derechos de acción y de acceso a la jurisdicción ordinaria, puesto que constituye un requisito para tal efecto haber agotado la vía administrativa, lo que en el presente caso no será posible, en tanto se siga exigiendo a la demandante el pago de un supuesto servicio adicional y distinto del ordinario” (STC 0343-2004-AA)

una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación". [26]

De manera general, por el principio de razonabilidad, los actos de gravamen deben adoptarse dentro los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (Numeral 1.4, articulo IV, Titulo Preliminar). [27]

---

[26] Exp. No. 2192-2004-AA/TC.

[27] De manera el Tribunal Constitucional caracteriza el principio de razonabilidad exigible a toda actuación administrativa desde dos perspectivas: cualitativa y cuantitativa. "35. El numeral 1.4. de la Ley de Procedimiento Administrativo General enuncia el principio de razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

Por otro lado, la razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. **La razonabilidad cuantitativa** *pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.*

La razonabilidad cualitativa *pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.*

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo sí guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental). (STC No. 0090-2004-AA/TC)

En especifico, para cumplir con la exigencia de la razonabilidad del acto sancionador, "las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción"

Como se sabe, el principio de razonabilidad conlleva el cumplimiento de sus tres dimensiones: subprincipio de adecuación, el subprincipio de necesidad, y el subprincipio de proporcionalidad estricto sensu[28]. [29]

Por el primer subprincipio, tenemos que la medida sancionadora debe ser idónea para lograr el fin u objetivo previsto por el legislador cuando le autorizo su empleo.

Por el subprincipio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser indispensable, de suerte tal que el daño que infringe sea el menor posible conforme a las facultades autorizadas y a los datos fácticos de las circunstancias. Este subprincipio hace lugar a la regla de la aplicación moderada de las sanciones, esto es que deben ser impuestas en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad, en armonía con el derecho de los administrados a que las actuaciones que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (Art. 55.10)

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad consiste en que la sanción guarda una relación razonable –ventajas y desventajas- con el fin que se procura alcanzar. Así, se establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, sino su

[28] CIANCARDO, Juan; El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Editorial Ábaco, Buenos Aires. 2004

[29] El Tribunal Constitucional ha caracterizado estos subprincipios del modo siguiente: "El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. "De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas". Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada" Exp. 2192-2004-AA/TC)

aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida pero que genera alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma.

La suma de estos factores determina la reducción de la discrecionalidad administrativa en la apreciación de los ilícitos y la imposición de las sanciones. Por ejemplo, la decisión acerca de la cuantía de la sanción (por Ej. Multa) no constituye una decisión libre dentro de los márgenes mínimos y máximos previstos, sino que debe ser sustentada, en función de la gravedad de los hechos y los criterios de graduación esclarecidos por la ley (intencionalidad, perjuicio causado, circunstancias de la comisión de la falta, la repetición de la comisión, etc.).

De este modo, se deriva la proscripción del exceso de punición, entendido como aquel vicio de nulidad del acto administrativo incurrido cuando la sanción impuesta a un administrado no guarda proporcionalidad con el objetivo de la norma represiva que sustentó el dictado del precepto como la emisión del acto administrativo sancionador (desvío de poder). Aun cuando el ilícito constituyera un actuar punible, la sanción debe ser razonable, en función de los elementos subjetivos de la comisión y los efectos producidos. En este sentido, el exceso de punición es un típico ejemplo, de falta de proporcionalidad entre el contenido del acto sancionador y su finalidad, que es un requisito para la validez del acto administrativo. Como bien menciona el profesor COMADIRA, "(..) una norma o un acto será excesivo en su punición cuando la sanción imponible o impuesta (...) no guarda adecuada proporcionalidad con la teléis represiva que sustento –es razonable suponer- tanto el dictado de la norma como la emisión del acto individual que hace aplicación a ella [30]

Como se puede entender, esta exigencia hace que en el derecho administrativo sancionador, la autoridad no solo tenga que motivar la probanza de la falta sino también de que manera ha ponderado la conducta y los demás criterios atinentes para seleccionar la sanción a imponer, e incluso, motivar la sanción elegida, dentro de las varias posibles. No basta la mera motivación de los hechos sancionables, sino que debe estar complementada con la justificación de la medida a aplicar y su cuantía.

Afirmándose en este principio, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que una decisión sancionadora razonable supone, cuando menos:

> *"a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.*

[30] COMADIRA, Julio R; Derecho Administrativo. Acto administrativo, procedimiento administrativo y otros estudios". Abeledo Perrot, p. 74. Buenos Aires.

b) *La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso.*
c) *Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso."*[31]

7. El principio de la norma sancionadora previa y el juicio de favorabilidad de la norma posterior.-

Nuestro ordenamiento ha establecido dos supuestos que rigen la potestad sancionadora de la Administración y, que operan a favor del administrado, en cuanto a la dimensión temporal de las normas.

Los supuestos son los siguientes: i) El Principio de Irretroactividad, que garantiza que la atribución de la potestad sancionadora sólo será válida para la aplicación de disposiciones de tipificación de ilícitos y previsora de sanciones cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al hecho y estén vigentes al momento de su calificación por la autoridad; y, ii) La aplicación de las normas sancionadoras posteriores a la comisión del ilícito que benefician al administrado.

7.1. La irretroactividad de la tipificación y la sanción aplicable al ilícito.-

Como una derivación del principio de legalidad (lex previa) surge el principio de irretroactividad, por el cual resultan aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta sancionable, salvo que las posteriores le sean más favorables. (Art. 230.5)

Este principio determina que las disposiciones sancionadoras sólo son válidas para tipificar y sancionar ilícitos cuando hayan entrado en vigencia con anterioridad al momento de la comisión de los hechos ilícitos y siempre que

[31] Exp. No. 2192-2004-AA/TC.

estén vigentes al momento de la imposición de la sanción por la autoridad. De este modo, las entidades no pueden sancionar por normas posteriores a los hechos cuando sean desfavorables a la situación del administrado, por ser una aplicación retroactiva de la norma.

En este sentido, la exigencia de preexistencia de las normas sancionadoras produce dos consecuencias, a saber: i) Rechazar efectivamente la sanción de comportamientos cometidos antes de plasmarse, a nivel legislativo, su concreta tipificación; y, ii) Que para imponer sanciones, las conductas típicas no sólo han de estar contempladas y sancionadas por la ley vigente en el momento de su comisión, sino también cuando se juzga o determina por el órgano competente la aplicación de la norma sancionadora a dichos hechos

La ilicitud y la sanción administrativa para el caso no solo deben anteceder al ilícito, sino que deben continuar existiendo con respecto a los hechos al momento en que el órgano competente pretenda aplicarla. Por lo tanto, no podría aplicarse sanción alguna si cuando se dicta la decisión respectiva, la conducta que se pretendía sancionar ha dejado de ser ilícita, o la sanción posible ha sido derogada.

7.2. La aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables

El principio también contiene una excepción valiosa. La norma posterior será aplicable a la calificación o sanción del ilícito si, integralmente considerada, fuere más favorable al administrado.

En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque priva el carácter reprochable al acto, o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley aplicada al caso (entendida como más favorable o benigna) no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo.

En tal sentido, la jurisprudencia ha sustentado la retroactividad benigna de la norma sancionadora en los siguientes casos[20]:

- En primer lugar, habrán de quedar impunes aquellas conductas cuya norma tipificadora, vigente cuando se cometieron los hechos antijurídicos, haya sido derogada con carácter previo al momento de resolver definitivamente sobre la responsabilidad del infractor.

[20] GARBERÍ LLOBREGAT, José. Op. cit. p.104.

- En segundo término, deben admitirse también soluciones retroactivas de cualquier tipo cuando la nueva norma disminuya la cuantía de las sanciones.

- En tercer lugar, se hace necesaria la retroactividad cuando la nueva norma establezca plazos inferiores de prescripción de infracciones y sanciones.

- En cuarto lugar, la retroactividad favorable debe operar también cuando la norma posterior ocasione una ausencia de tipificación de conductas anteriores.

Cabe advertir, finalmente, que la doctrina y jurisprudencia han esclarecido que el juicio de benignidad de la nueva ley debe efectuarse de manera integral, sin fraccionamientos, de modo que en aquellos casos en que el nuevo régimen legislativo contenga partes favorables y partes desfavorables, lo correcto será determinar si, en bloque, se trata realmente de una regulación más benigna.
De otro lado, la retroactividad de normas sancionadoras benignas no puede ser aplicable si se tratara de disposiciones de ordenamientos sancionadores diferentes, como por ejemplo sucede si se destipifica penalmente un ilícito administrativo, o incluso dentro del mismo ámbito administrativo si existieran competencias concurrentes sobre una misma materia, y una destipificara el hecho o reduzca la penalidad administrativa.

8. El principio de las infracciones continuadas.-

Por el principio de continuación de Infracciones, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. (Art. 230.7)

La infracción continuada puede ser definida como, en palabras del maestro español Alejandro Nieto, como *"(...) la realización de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido (...)"*[5]*, o* al profesor argentino Daniel Maljar, quien la define como *"el* <u>*mantenimiento*</u> *de una situación ilícita en tanto no sea alterada mediante una conducta contraria por parte del autor de la infracción (...)*[6]*".*

[5] NIETO, Alejandro. op. cit., p. 451.
[6] MALJAR, Daniel. El derecho administrativo sancionador. Ad hoc Buenos Aires, 2004, p. 215.

En este mismo orden de ideas, se haya la jurisprudencia internacional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea[7], para quien *"(...) el concepto de infracción continuada (...), implica, en cualquier caso, una pluralidad de comportamientos infractores, o de actos de ejecución de una sola infracción, reunidos por un elemento subjetivo común (...)".*

De una lectura del citado artículo 230º de la LPAG, se desprenden los presupuestos[13] que se deben dar en forma conjunta para que se pueda configurar una Infracción Continuada en sede administrativa.

- Identidad Subjetiva Activa

De lo dispuesto por la segunda línea del inciso 7º del artículo 230º de la LPAG se concluye que para que opere el principio materia de análisis es necesario que exista identidad en el sujeto responsable del conjunto de acciones que constituyen infracciones administrativas. Vale decir, es necesaria la coincidencia del administrado presuntamente infractor.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, la presencia de otros sujetos administrados no se encuentra excluida siempre y cuando la actuación de estos últimos se limite a hechos aislados que no configuren por sí solos infracción administrativa.

- Identidad Subjetiva Pasiva

A diferencia de lo que sucede en materia penal, en el ámbito administrativo sancionador es necesario que exista identidad respecto a la entidad que es afectada con la conducta cuyo desarrollo constituye una infracción administrativa.

En este sentido, es necesario que los distintos actos que constituyen la conducta infractora afecten a la misma entidad administrativa, o respecto de aquella encargada de tutelar o garantizar el cumplimiento del deber infringido y que sea presupuesto del hecho sancionable.

- Pluralidad Fáctica

La pluralidad fáctica significa que para la aplicación del citado principio es necesario que se den varios hechos o conductas que sean capaces de constituir por sí solas, cada una de ellas una infracción administrativa

[7] Sentencia emitida el 08 de julio de 1999, www.europa.eu.int/celex/cgi/sga_rqstses.
[13] Para la determinación de los supuestos del principio de infracción continuada se ha tomado como base lo dispuesto por José Garberí Llobregat en su libro "*El procedimiento administrativo sancionador*".

sancionable. No obstante la pluralidad de hechos sancionables, por conexiones subjetivas y objetivas, derivan en una unidad jurídica: una sola voluntad.

- Proximidad Temporal

La concurrencia de este presupuesto resulta esencial para la aplicación del principio estudiado; toda vez que, las diversas acciones tipificadas como infracciones administrativas deben producirse de forma sucesiva o intermitente en el tiempo, respondiendo a una sola unidad de finalidad.

- Identidad en los Preceptos Administrativos Lesionados

Es necesario que el conjunto de acciones que constituyen la infracción administrativa infrinjan los mismos preceptos administrativos. Es decir, para que se pueda aplicar el Principio de Continuación de Infracciones es necesario que exista *"identidad normativa"* de los preceptos lesionados por el conjunto de comportamientos.

En virtud de lo señalado, encontrándonos frente a una unidad subjetiva y objetiva, el tratamiento dispensado por este principio es de evidente protección al administrado. Se orienta a *"(…) evitar que se inicien distintos expedientes administrativos, incluso diarios, por una infracción única como es la propia de la infracción continuada"*[9]. Para ello, se dispone que la Administración se encuentra impedida de iniciar un nuevo procedimiento administrativo sancionador hasta que haya recaído resolución firme sobre el primer procedimiento que permita romper la unidad de la conducta infractora.

En este sentido, el artículo aludido exige que frente a una infracción continuada en el tiempo, la Administración deba proceder a: i) Instruir un expediente sancionador; ii) Emitir la resolución sancionadora; y, iii) Requerir al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro del plazo de treinta (30) días. Sólo cuando la Administración hubiere cumplido con estas tres condiciones, recién podrá instruirse un segundo procedimiento administrativo sancionador. No antes.

En adición a lo indicado, en el supuesto que la Administración pretenda imponer o haya impuesto más de una sanción al administrado por una conducta que configura el supuesto de infracción continuada, fraccionando la presunta infracción en períodos individualmente considerados, somos de la opinión que se estaría vulnerando el *Principio de Non Bis In ídem* del Derecho Administrativo Sancionador, previsto en el artículo 230º inciso 10 de la

[9] NIETO, Alejando. Op. Cit. Pág. 453.

LPAG[10]. En efecto, en virtud de dicho principio se impide la duplicidad sancionadora sucesiva (no sancionar lo ya sancionado) y la doble punición simultánea de un mismo hecho (no desarrollar a un tiempo dos enjuiciamientos sancionadores)[11]. Se trata de una forma de protección y de un poderoso instrumento que brinda certeza a las decisiones de la misma Administración.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español, en su Sentencia 94/1986, ha señalado lo siguiente[12]:

"el principio de non bis in ídem impone, por una parte, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio de ius puniendi del Estado, y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos".

9.- El principio de causalidad de la responsabilidad.-

Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable (Art. 230.8)

La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendida como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (por ejemplo, la responsabilidad por un subordinado, o imputar responsabilidad a un integrante del cuerpo colectivo que no voto o salvo su voto) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en una proceso decisional. Por ello, en principio, la administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una

---

[10] Artículo 230º.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
10. Non bis in ídem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

[11] OSSA ARBELÁEZ, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador: Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Colombia. 2000. p.329.

[12] GARBERI LLOBREGAT, José. *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*. Edit. Trivium. Madrid. 1989. p. 159.

relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional.

Además, es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado. No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, pues en el ámbito administrativo no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta sea prevista como falta propia. Del mismo modo, la administración no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o subsidiarias, sino cuando la ley expresamente la ha previsto.

Tratándose de una acción positiva del administrado, resulta más o menos sencillo determinar la existencia de la relación de causalidad entre ambos, pues basta simplemente hacer una reconstrucción mental de los hechos y ponderar si el perjuicio o hecho típico se hubiere producido igualmente con la sola acción del administrado. El supuesto más complejo es la determinación de si una omisión satisface la exigencia de causalidad para hacer aplicable la sanción. Para el efecto, es necesario calificar si la omisión realmente es causal del tipo previsto para la sanción, respondiendo a la pregunta ¿si se hubiese realizado la acción omitida con todas las condiciones relevantes del entorno, no se hubiese realizado el estado de cosas perjudiciales?

En este sentido, este principio conecta con otro bastante debatido en el derecho administrativo sancionador: el de culpabilidad del infractor. A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora. En efecto, nuestro Tribunal ha establecido "(...) *Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique (...) es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.*

La respuesta no puede ser otra que (...): un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable. [32]

10.- El principio de presunción de licitud, inocencia o corrección.-

[32] STC No. 2868-2004-AA/TC

Por el principio de presunción de licitud, mas conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. (Art. 230.9)

Conforme a esta presunción de inocencia, de corrección o de licitud, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante al acto administrativo final del procedimiento. La presunción sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.

Conceptualmente esta presunción significa un estado de certeza provisional por la que el imputado adquiere los siguientes atributos a ser respetados por todos durante el procedimiento:

i) A no ser sancionado sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente. Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por falta de apersonamiento o por la no absolución de los cargos, por más razonable o lógica que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad. [33] Adicionalmente, las pruebas de cargo que fundamentan la decisión administrativa deben haber sido obtenidas legítimamente y con las garantías del control y contradicción por parte del administrado, antes de adoptarse la decisión administrativa.[34]

---

[33] El Tribunal Constitucional ha declarado que "*El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia" (STC No. 2868-2004-AA/TC)*

[34] Sobre la legitimidad de la obtención de las pruebas de cargo y el contradictorio, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado favorablemente en su STC N.° 1058-2004-AA/TC. En esta sentencia el Tribunal Constitucional expreso: "Un tercer aspecto, cuestionable desde todo punto de vista, se relaciona con el modo de proceder de la emplazada al momento de efectuar el acopio de las supuestas pruebas a utilizarse contra el recurrente, y con el modo como le fue permitido ejercer su derecho de defensa. Sobre el particular, este Colegiado enfatiza que aunque la empresa demandada alega la comisión de falta grave en los términos anteriormente descritos, ni la carta de imputación de cargos ni la de despido precisan como es que se arribó a una conclusión incriminatoria de tal naturaleza, ni los

ii) A que no se le imponga la carga de probar su propia inocencia, ya que corresponde la actividad probatoria a la administración. De un lado, ratifica que en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción, quedando incluso el administrado liberado de actuar aquella prueba que lo pueda autoincriminar([35]). Pero del otro, este principio conlleva a que en el procedimiento sancionador se actúen cuando menos una mínima actividad probatoria sobre los hechos a analizar, no bastando las declaraciones o afirmaciones de los denunciantes o terceros –aun bajo presunción de veracidad- para desvirtuar la presunción de corrección, ni los descargos del imputado[36]. En ese sentido es

---

hechos objetivos (pruebas concretas) en que ella se respalda. Tal hecho, ya de por sí cuestionable, evidentemente ha impedido que el recurrente pueda acceder en condiciones razonables a elementos de juicio que le permitan un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa. (...) 10) Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención. Sobre tal extremo, es evidente que si la supuesta prueba objetiva en que se basó SERPOST, residía en la constatación notarial (Acta Extraprotocolar), de fecha 10 de junio de 2002, obrante de fojas 88 a 89 de autos, y en las copias de los correos, acompañadas de fojas 90 a 101, lo mínimo que debió hacerse fue ponerlas en conocimiento oportuno del demandante a efectos de acreditar la veracidad de las imputaciones realizadas y, como ya se adelantó, de otorgar la posibilidad de que el mismo pudiera contraponer los argumentos que a su derecho de defensa correspondían. La demandada, lejos de proceder del modo descrito, le ocultó al demandante tales elementos, pese a que los mismos fueron obtenidos tres días antes de procederse a remitir la carta de imputación de cargos. (...)
22) La demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos. En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2°, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. **Ello, de momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado. Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.** En la STC No. 3315-2004-AA/TC. el Tribunal Constitucional reitero la necesidad del contradictorio para que la administración valore las pruebas de cargo aportados al expediente, en este caso, por los denunciantes.

[35] Por esta regla es que no puede considerar como falta el hecho que el administrado no brinde información que signifique autoinculpación. (Art. 22)

[36] En la STC N.° 0201-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional estableció al respecto lo siguiente: "(...) precepto no puede ni debe entenderse como que las pruebas susceptibles de actuación dentro de un procedimiento administrativo disciplinario sólo deben limitarse a las que expresamente se ofrecen por las partes, pues no sólo es potestad, sino hasta obligación de la Comisión, el actuar de oficio determinadas pruebas o diligencias, cuando el caso así lo requiera, criterio que, por otra parte y además de ser perfectamente lógico en casos como el presente –donde resulta bastante difícil acreditar los hechos investigados-, resulta perfectamente compatible con el ejercicio de un adecuado y esencial derecho de defensa. De otro modo, el procedimiento administrativo disciplinario sólo se convertiría en un ritualismo puramente formal de descargos, alejado por completo de la vigencia del

correcto lo afirmado por el Tribunal Constitucional respecto a que "Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones"[37]

iii) A un tratamiento como inocente, a lo largo del procedimiento sancionador, por lo que a los imputados deben ser respetados en todos sus derechos subjetivos, como son al honor, la buena reputación, la dignidad, etc. En tanto la resolución no se dicte y alcance firmeza, la presunción aplica y protege al administrado, por lo que el comportamiento de la autoridad, sus actuaciones, e incluso la de los terceros (por ejemplo, denunciantes) debe considerar que la persona no puede ser señalada como culpable ni como imputado procesado. Aun el imputado debe poseer la garantía de ser reconocidos en su dignidad por la colectividad. Por ello, quedan delimitadas las posibilidades de dictar medidas cautelares en contra del administrado, o publicitar innecesariamente la apertura del procedimiento sancionador y a cualquier acción que importe una apariencia de condena previa al administrado.

iv. A la absolución en caso de insuficiencia probatoria o duda razonable sobre su culpabilidad. (Si la evidencia actuada en el procedimiento administrativo sancionador no llega a formar convicción de la ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva (*in dubio pro reo*). En todos los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado).

11. El principio de non bis in ídem.-

Por el principio del non bis in ídem, la administración no podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el

---

debido proceso que este Tribunal se ha preocupado por destacar y promover en reiterada Jurisprudencia"

[37] STC No. 238-2002-AA/TC.

mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. (Art. 230.10)

Con la incorporación de este principio se busca proteger la seguridad jurídica de los administrados que sus conductas solo podrán ser imputadas, procesadas y, por ende, sancionadas, sucesiva o independientemente, una sola vez. Proscribe la duplicidad de imputaciones, procesamientos y sanciones para parte de la administración integralmente considerada.

Si bien es deseable que las competencias administrativas para aplicar sanciones estén perfectamente determinadas, de modo que ante una sola infracción solo pueda asumir competencia material una sola entidad, y, que esta lo haga solo una vez, la existencia de este principio admite la realidad contraria. Existencia competencias concurrentes y hasta difusas en diversas entidades administrativas (por competencia sectorial o por el nivel de gobierno) para aplicar sanciones sobre los administrados con motivo de los ilícitos cometidos.

Precisamente este principio intenta resolver la concurrencia de poderes punitivos o sancionadores, mediante la exclusión de la posibilidad de incriminar, sobre la base de los mismos hechos, dos veces al mismo administrado. Por ejemplo, en el ámbito administrativo, puede producirse afectación a este principio mediante la aplicación de una segunda sanción, por parte de una misma entidad administrativa por el mismo hecho (por Ej. si una autoridad pretendería aplicar una segunda sanción por considerar que la primera -ya firme- fue muy benigna), o de dos o más autoridades administrativas distintas por el mismo hecho. (por Ej. concurrencia de competencias sancionadoras en distintos sectores o niveles de gobierno)

En todos los casos, los presupuestos de operatividad para la exclusión de la segunda pretensión sancionadora son tres:

I) La identidad subjetiva (eadem personae) consistente en que la doble incriminación se dirija a un mismo administrado, independientemente de su grado de participación o forma de culpabilidad imputable.

ii) La identidad objetiva (eadem rea) consistente en que los hechos constitutivos del supuesto de la infracción deben ser los mismos.

iii) La Identidad causal o de fundamento (eadem causa petendi).- Consiste en la identidad causal o de fundamento en ambas incriminaciones, esto es, que exista superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persigue en los distintos ordenamientos, resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición. Como bien estableció el Tribunal Constitucional español: *"Para que la dualidad de sanciones por un mismo*

hecho –penal y administrativa– sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción –de orden penal– intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de la relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".([38]) En esa misma línea nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que "*De ahí que se considerase que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.*

5. Para que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal. Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, a priori, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces" [39]

Así, si una sanción penal trata de proteger la buena fe en los negocios, y la sanción administrativa busca poner a quien incumple una obligación formal con la administración, en que ambos juzguen los mismos hechos no serán objeto de exclusión por la regla del *non bis in ídem.*

Ahora bien, el principio incorporado tiene dos vertientes, según excluya un segundo procedimiento o una segunda sanción. A esas dos vertientes se ha referido nuestro Tribunal Constitucional[40] cuando afirma que "El principio *ne bis in ídem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho.

[38] STC 234/1991 de 10 de diciembre.
[39] STC No. 2868-2004/TC.
[40] STC No. 2050-2002-AA/TC, reiterado en la STC No. 2868-2004/TC

Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. (...)

b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Conclusión.-

El desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho peruano esta confirmando una sostenida tendencia garantista de la potestad sancionadora de la administración Pública a partir de la dación de la Ley No. 27444.

La explicitación en esta norma, si bien no ha creado principios exigibles a la potestad sancionadora (ya que emergen directamente del estado constitucional de derecho, de los tratados de derechos humanos y de la Carta fundamental, ha contribuido al reconocimiento progresivo del respeto por las autoridades administrativas, y ha facilitado la labor de control de los jueces (particularmente de la jurisdicción constitucional) para racionalizar el poder máximo de punición con que cuenta la administración nacional.

Lima,30 de marzo de 2006.